No 383

LA NOTION MUSULMANE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

par

Muhammed HAMIDULLAH

Dans l'antiquité, les rapports avec les étrangers faisaient partie de la politique, plutôt que du droit. Les juristes musulmans traitaient déjà au 8e siècle de l'ère chrétienne de questions que nous appelons maintenant " droit international ", tantôt dans les codes de droit général (tels l'*al-Majmû* de *Zaid ibn Ali*, et l'*al-Muwatta'* de Mâlik ibn Anas, déjà édités), tantôt dans les monographies spéciales (comme celles rédigées par Abû Hanîfah, al-Auzâ'î, Abû Yûsuf, ach-Chaïbânî, Zufar, dont la plupart nous sont parvenues sous un forme ou une autre). Mais, chez ces auteurs le droit international public et le droit international privé ne constituent qu'une seule science, celle du *siyar*, c.-à-d. de la *conduite* de l'Etat islamique envers les étrangers. Ces dernières années, on a beaucoup écrit sur la notion musulmane du droit international public, mais fort peu[1] sur le droit international privé. Ce ne serait ni difficile ni inutile de passer au crible et de glaner parmi les données qui nous intéressent dans les ouvrages du *siyar* et dans les chapitres en question des codes du droit général islamique, pour savoir quelle a été chez les Musulmans la notion du droit international privé. Le travail serait néanmoins long et exigerait la collaboration de toute une équipe de chercheurs.

PORTEE DU SUJET

Par le terme "droit international privé de l'Islam" nous n'entendons pas seulement les conflits de lois entre les différentes éco-

1) Cf. pourtant **Choukri Cardahi** : La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam, étude juridique et historique, (dans : Recueil des Cours de l'Académie du droit international de la Haye, 1937, II, 36 pages).

les musulmanes de droit, lorsque les parties à un litige n'appartiennent pas à la même école, sunnite, chi'ite, ou même hanafite, mâlikite, châfi'ite, etc., mais bien davantage. C'est ainsi que nous traiterons ici, évidemment assez sommairement, des questions relatives :

1. à la nationalité et à la naturalisation ;
2. au statut personnel des étrangers habitant le territoire islamique ;
3. au conflit des lois ;
   a) entre la loi islamique et une loi non-islamique quelconque ;
   b) entre les différentes lois non-islamiques ;
   c) entre les lois des différentes écoles musulmanes du droit, ainsi qu'à
   d) ceux nés du fait d'un changement de religion ;
4. au statut des citoyens de l'Etat islamique dans
   a) un autre Etat islamique,
   b) et dans un Etat non-islamique.

Nous nous limiterons à l'époque classique, du début de l'Islam (à l'exclusion de l'époque moderne), et dégagerons seulement quelques traits généraux sans aborder les différences d'opinions sur les points particuliers et détaillés de notre sujet.

I. LA NATIONALITE ET LA NATURALISATION.

L'origine de ce que nous appelons " nationalité " doit se trouver dans la parenté sanguine. Avec le progrès de la civilisation dans la société humaine, d'autres facteurs devaient aussi apporter leur contribution pour consolider les unités politiques. Et en effet nous rencontrons des préjugés régionaux, linguistiques, éthniques, ceux de couleur, de parenté tribale et autres qui, dans le langage des savants, ont été posés comme base de la conscience " nationale ". Plus que quiconque l'Arabie pré-islamique était déchirée intérieurement par le *bellum omnium contra omnes*, contre les voisins parents, donc également contre les étrangers. Mais ce fut le clan le plus arrogant et le plus égoiste dans

cette Arabie " d'ignorance et de violence " *(jâhilyah)* qui produisit le messager de l'Islam, le Prophète Muhammad. Le Coran constitue, pour les Musulmans, le recueil des révélations divines, reçues par Muhammed. Nous y lisons dans un beau passage :

> " Ho, les hommes ! Nous vous avons créés d'un homme et d'une femme ; et nous vous avons répartis en nations et en tribus, afin que vous puissiez vous distinguer les uns des autres. En vérité, le plus méritant d'entre vous aux yeux de Dieu est celui d'entre vous qui le craint le plus. Certes Dieu est savant, bien informé." (Coran 49 : 13).

Ce fut une nouvelle orientation de la pensée humaine au sujet du " nationalisme ", et qui détermina la notion de la " nationalité islamique ". Quelques précisions ou justifications s'imposent :

Se baser sur la communauté de la parenté (tribale), de la langue, de la couleur de la peau, du lieu de naissance pour créer la cohésion " nationale " est chose fatale et trop restreinte pour jamais pouvoir réunir les enfants d'Adam et d'Eve. On ne peut pas changer sa nationalité éthnique. Le changement de la nationalité " chromatique " est également impossible. Chose étrange : les Hindous et les Européens ont tous la même origine aryenne, mais n'arrivent pas à s'entendre à cause de préjugés de couleur, par exemple en Afrique du Sud. Changer de nationalité linguistique est presque aussi difficile. L'Islam avait une vocation mondiale. Il a donc choisi pour base de sa " nationalité " une notion non point fatale et inéluctable, mais dépendant du choix de chaque individu, celle de la communauté de la Weltanschauung, la conception de vie. Au sujet des autres bases de la nationalité, il déclara :

" Et les différences de vos langues et de vos couleurs, certes, c'est là un signe (de l'omnipotence du Créateur) pour ceux qui réfléchissent". (Coran 20 : 21).

Les langues et les couleurs n'impliquent rien de plus pour l'Islam. Les ambitions des aventuriers ont certes créé des schismes politiques ; et deux siècles après le Prophète, le vaste empire musulman commença à se diviser en plusieurs Etats indépendants.

Parmi les juristes classiques, ad-Dabûsi (mort vers 1039) par exemple le reconnait explicitement :

> "Le trait distinctif entre les territoires islamique et non islamique est constitué par la différence d'autorité et d'administration. Le même fait est vrai pour les différentes principautés au sein du territoire islamique, qui se distinguent les uns des autres par la domination et l'exécution de l'autorité (ou la juridiction)". (Kitâb al-asrâr, fol. 151 b. ms. Veliettin, Istanbul).

Il s'agit là en effet de dissensions intérieures, ou d'indépendance des membres adultes dans une famille, sans que la séparation soit complète ou définitive. Ou, plutôt, la différence venait des gouvernants, et non des gouvernés, qui tous constituaient les membres d'une seule " nation ". Mais parmi les habitants de l'Etat musulman il y avait toujours des résidents étrangers à côté des " nationaux ".

Il est donc naturel que les juristes musulmans aient parlé longuement de la question de savoir comment traiter les " étrangers " à la nation musulmane, c'est-à-dire les habitants de l'Etat islamique qui ne veulent pas souscrire à la conception de vie et aux croyances de la section régnante de la population. On les appelle *dhimmi* ou gens protégés. De leur statut judiciaire nous parlerons plus tard. On trouve dans un Etat musulman en général les catégories suivantes d'habitants :

Habitants

- Musulmans
  - Compatriotes (1)
  - Domiciliés à l'étranger (2)
- Non-Musulmans
  - Etrangers
    - Belligérants (3)
    - Pacifiques (4)
  - Compatriotes (5)

En ce qui concerne les Musulmans, il y a une parfaite égalité entre eux, sans qu'il existe parmi eux de distinctions de cas-

tes ou de classes reconnues par la loi. Tous les Musulmans appartiennent en principe à la même *ummat* ou nation, quelque soit le lieu de leur domicile, et sont donc assujettis aux mêmes lois et devoirs, ainsi que l'a précisé le célèbre juriste Abû Yûsuf (du temps du calife Harûn ar-Rachid). Il dit en effet : " Les Musulmans sont tenus par les mêmes commandements n'importe où ils se trouvent" (cité dans le *Mabsût* de Sarakhsi, X, 95). Bien sûr, il y a des lois dont l'observance dépend de la permission du gouvernement local (non-musulman); il y en a d'autres dont la violation exigerait des sanctions qu'un gouvernement non-musulman pourrait ne pas consentir à appliquer. Nous y reviendrons plus tard dans le 4e chapitre de cet exposé.

Nationalité des enfants abandonnés :

Il y a des questions compliquées quant à la nationalité d'un enfant trouvé ; d'un enfant dont les père et mère ne sont pas de la même " nationalité " (le père par exemple étant musulman et la mère non-musulmane); d'un enfant dont l'un des parents est *dhimmi* (non-musulman citoyen) et l'autre étranger ; et ainsi de suite. La loi n'est pas toujours la même :

Comme règle générale, les juristes précisent sur ce point que "l'enfant appartient à la nationalité qui lui est la plus avantageuse ", avantageuse, bien sûr, du point de vue islamique. Ainsi, l'enfant dont un seul parent est musulman sera considéré lui aussi comme musulman ; l'enfant trouvé dans un quartier musulman ou un quartier mixte sera également considéré comme musulman (s'il n'y a pas preuve du contraire); l'enfant trouvé dans un quartier purement non-musulman sera considéré non-musulman à moins qu'un témoignage valable n'établisse le contraire ; et, enfin, l'enfant non-musulman dont un des parents est citoyen de l'Etat islamique sera lui aussi reconnu comme " *dhimi* ", et non pas étranger.

Naturalisation :

L'Islam tolère toutes les religions chez ses sujets. Une exception à cette loi, basée sur le testament donné par le Prophète sur son lit de mort, concerne le droit de séjour permanent de certaine régions : l'Arabie toute entière selon une version, le Hedjaz seulement selon une autre. Bien des exceptions mitigent sa rigueur : A l'époque où le monde entier pratiquait l'esclavage, il pouvait y avoir des esclaves non-musulmans, hommes et femmes, dans cette région interdite (et en effet l'un d'eux assassinera le calife Umar à Médine). A une époque plus tardive, Ibn Sa'd, (*Tabaqât*, V, 365) parle d'un médecin chrétien (Abû Dawûd Abdur-Rahmân), qui avait installé son bureau de consultation au pied du minaret de la mosquée de la Ka'bah, à la Mecque. Il y avait aussi les ambassadeurs étrangers du temps des califes Umar et Uthmân, lorsque la métropole se trouvait dans cette même région sainte. A part cette restriction, plutôt politico-sociale, les Chrétiens, les Juifs, les Zoroastriens, les idolâtres, les animistes, bref les adeptes de toutes les religions sont également protégés et tolérés comme citoyens lorsqu'ils se décident à résider dans le territoire islamique. Le grand juriste Abû Yûsuf déclare expressément (*Kharâj*, p. 73) que " les polythéistes, les païens, les adorateurs du feu ou de la pierre, les peuples possédant les Livres révélés et toutes les autres catégories de non-Musulmans sont susceptibles d'être acceptés en tant que *dhimmis* ".

Il y a unanimité d'opinion parmi les juristes musulmans, que l'épouse acquiert la nationalité de son mari et perd, lors du mariage, la sienne si celle-ci était autre que la nationalité de son mari. C'est ainsi qu'une étrangère, mariée avec un Musulman ou même un *dhimmi* devient automatiquement un sujet de l'Etat islamique. Un étranger, marié avec une femme qui était sujet islamique ne devient pas tel ; au contraire la femme perd sa nationalité ancienne et devient, pour l'Etat islamique, étrangère si son mari reste étranger. (Cf. As-Sarakhsi, *Charh as-siyar al-kabir*, iv, 115 seq).

Visa de séjour :

La tolérance des non-Musulmans comme sujets islamiques implique *a fortiori* leur tolérance comme passagers et résidents temporaires. D'après la loi islamique, les non-Musulmans peuvent visiter même l'Arabie. Le Prophète avait reçu la délégation des Chrétiens de Najrân (en Arabie du Sud) dans la mosquée de Médine. Médine fut la métropole lors du califat d'Abû Bakr, Umar

et Uthmân, et les ambassadeurs byzantins et autres fréquentaient l'Arabie. Le calife Umar n'hésitait pas à recevoir les non-Musulmans dans la mosquée même de la Ka'bah à la Mecque : Abû Yûsuf (p. 79) cite le cas d'un commerçant chrétien, apparemment byzantin, venu se plaindre des douaniers musulmans à la frontière, et Umar arrêta son discours de l'office de Vendredi pour lui rendre une prompte justice. La défense faite par le Coran (9:28) aux non-Musulmans d'entrer dans la mosquée de la Ka'bah semble donc concerner seulement le cas où les païens arabes voulaient se servir de la Ka'bah comme objet de leur culte idolâtre. Au début de l'islam, chaque Musulman possédait la faculté d'octroyer aux étrangers le permis d'entrer en territoire islamique. Ce droit était acquis même par les femmes, même par les esclaves. Les paroles du Prophète le précisent. Dans les siècles postérieurs, les juristes furent amenés à reconnaître que dans l'intérêt suprême de la sécurité de l'Etat, le gouvernement puisse imposer des restrictions temporaires au libre exercice de ce droit fondamental par les individus. Ce droit d'octroyer l'*amân* est expressément reconnu par le Coran et le Hadith, et ne peut donc être abrogé définitivement par une législation quelconque.

Pendant leur séjour, les étrangers non-Musulmans jouissent de toute la protection légale, et sont traités d'après les conditions d'octroi de visa, de sauf-conduit, ou de permis de séjour.

Selon les anciens juristes, le visa était valable au maximum pour un an. Un séjour plus prolongé de la part d'un étranger impliquait le désir de se faire naturaliser. Donc au bout d'un an, il était assujetti aux devoirs des *dhimmis* (sujets non-Musulmans). Ce fut en 1535 que les Turcs consentirent la première fois aux Français de conserver leur nationalité d'origine pendant dix ans de séjour en Turquie. Pour les juristes classiques, c'est une question de fiscalité, et probablement aussi de réciprocité.

2. STATUT DES NON-MUSULMANS

Le terme arabe pour désigner les sujets non-musulmans de l'Etat islamique est, comme nous l'avons vu, *dhimmi* (littéralement : le protégé). La *dhimmification* est, d'après les juristes, un contrat bilatéral, passé entre l'étranger voulant se faire naturaliser et la communauté musulmane représentée par son gouvernement. Tant qu'il observe loyalement ses devoirs, il a le droit à la liberté de résidence, de conscience, de profession, jouissant de la triple protection de la personne, de l'honneur et des biens. Il incombe au gouvernement de leur assurer, et, en cas de violation, de leur restituer, ces droits même si cela entrainait une guerre contre un ennemi, et cela au même niveau que pour les sujets musulmans.

D'après les juristes, la qualité de *dhimmi* peut se perdre par :

1. rebellion;
2. refus de payer les impôts;
3. refus d'obéir aux lois du pays;
4. adultère ou fornication avec une Musulmane libre (non esclave);
5. espionnage en faveur d'un ennemi du pays, ou asile donné à un tel ennemi;
6. outrage public à la sainteté de Dieu, de son prophète, de Ses livres révélés (tels le Coran, la Bible, l'Evangile);
7. le fait d'être la cause de l'apostasie d'un Musulman;
8. brigandage exercé dans le pays;
9. outrage public à ce qui est cher au sentiment religieux de l'Islam;
10. pratique de l'usure.

Sur plusieurs de ces point, il n'y pas unanimité d'opinion parmi les juristes musulmans, et même les juristes d'une même école du droit n'ont pas toujours les mêmes avis. Les juristes ayant l'expérience de l'administration publique, comme les juges des tribunaux, ont en général plus d'indulgence que ceux d'entre eux qui élaborent des théories dans les retraites de leurs séminaires.

Droit à la patrie :

Un citoyen musulman ne peut jamais être expulsé de l'Etat islamique. Il y a des juristes qui ont cru qu'un *dhimmi* peut l'être s'il devient indésirable par ses activités nuisibles à l'Islam. Evidemment dans le premier cas on craint l'apostasie, qu'il faut éviter à tout prix. Loin de chercher l'élimination des sujets non-mu-

sulmans par expulsion etc., c'est une question d'honneur et d'amour-propre que les non-Musulmans soient satisfaits de la justice islamique. Jaloux de ses sujets, mêmes non-musulmans, le calife Umar exigeait l'extradition dans le cas où ils auraient émigré, comme nous le prouve sa correspondance avec l'empereur byzantin au sujet des Chrétiens de la tribu Iaghlib. (Cf Tabari, *Ta'rikh*, I, 2508).

Autonomie judiciaire :

Le Coran et le Hadith enseignent en des termes très précis que les habitants non-musulmans du territoire islamique jouissent de l'autonomie judiciaire. En effet depuis l'époque du Prophète, chaque communauté — chrétienne, juive, zoroastrienne etc. — possédait des tribunaux qui lui étaient propres, où sa loi particulière était appliquée par des juges choisis par elle-même parmi ses coreligionnaires. Cela est possible seulement dans les cas où les deux parties d'un litige ressortent de la même communauté. Le Coran reconnait la faculté aux non-Musulmans de renoncer à leur droit et de recourir au tribunal musulman. Je n'ai pas encore trouvé de cas ou de précisions, mais il devait en être de même lorsque les deux parties appartenaient à des communautés différentes, l'une par exemple chrétienne, et l'autre juive.

Lorsque les parties non-musulmanes se rendaient de leur propre gré devant le Prophète, les quelques cas que citent les chroniqueurs attestent qu'il tranchait d'après les lois propres à l'accusé, cela même dans les cas tels que l'homicide, l'adultère, etc. Dans un cas célèbre, le Prophète fit venir la Bible, puis ordonna la lapidation d'un couple juif surpris en délit d'adultère. (Cf la *Bible*, Lévitique, XX, 10 ; aussi l'Evangile selon Jean, 8:4-5 pour la loi de lapidation).

Héritage :

Les juristes musulmans maintiennent que la différence de religion, tout comme celle de patrie, constituent une entrave pour l'héritage. C'est ainsi qu'un Musulman, bien qu'il puisse en toute liberté épouser une Chrétienne ou une Juive, verra ses droits d'héritage disparaître de même que ceux de son conjoint : la propriété laissée par la femme non-musulmane ira, à sa mort, à ses

parents coreligionnaires, et celle du mari à ses parents coreligionnaires, à l'exclusion de ceux ayant une autre religion.

Cette défense s'applique seulement à l'héritage automatique. Les legs testamentaires, les cadeaux et d'autres genres de dons ne sont pas atteints par cette prohibition. D'ailleurs, les enfants musulmans sont obligés par la loi d'entretenir leur mère non-musulmane de la même façon que si elle était leur coreligionnaire.

On peut rappeler que la femme, d'après la loi islamique, a depuis toujours le droit de propriété absolue sur ses biens, et que le mari ou d'autres parents seront à ce titre pour elle comme des étrangers. Le mahr ou " salaire d'honneur " qu'elle hérite de ses parents coreligionnaire, les gains provenant des travaux de sa propre personne, et toute autre chose quelle acquiert, tout cela lui appartient et à elle seule. Le mari n'y a absolument aucun droit, qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles. Elle a une personnalité séparée et indépendante à tous les points de vue en ce qui concerne la propriété et sa disposition.

L'obstacle du territoire, c'est-à-dire la différence d'allégeance politique, pour l'héritage, affecte non seulement les non-Musulmans, mais également les Musulmans. Cette défense, qui d'ailleurs n'est pas mentionnée dans le Coran, semble à l'origine être basée par les juristes postérieurs sur une pratique ou coutume internationale, alors dominante, et aussi sur la difficulté de preuves qui existait alors pour citer des témoins résidant en dehors du ressort de la juridiction de la cour islamique. Notre thèse se trouve fortifiée par le fait que les tribunaux islamiques ne mettent aucun obstacle à l'héritage légitime si le parent étranger, même non-musulman, se rendait sur le territoire islamique pour s'en retourner immédiatement après le jugement avec la propriété dont il avait hérité. Ainsi, cette défense d'héritage pour la différence du territoire serait *a fortiori* susceptible de recevoir un règlement contraire par des traités internationaux, sur la base par exemple de la réciprocité. Notons, qu'à défaut de tout héritier, proche ou lointain, les biens laissés par le défunt ne sont pas attribués en déhérence à l'Etat islamique, mais à la communauté du défunt, communauté résidant sur le territoire islamique ; et le *bait al-mâl* (trésor gouvernemental) se charge d'administrer ces biens en faveur de la communauté du défunt.

Taxation :

La taxe sur les épargnes est imposée seulement aux Musulmans : les non-Musulmans, sujets ou étrangers, en sont complètement exemptés. En ce qui concerne les autres taxes, il n'y a pas de règle fixe : à l'origine il s'agissait des traités de paix et de rattachement au territoire islamique qui déterminaient leur montant ainsi que la modalité de paiement. Parfois il y eut cette condition exigée par les conquérants que dans la même région un habitant musulman paiera la moitié des tarifs que les non-Musulmans devaient payer (souvent une continuation des taux de l'époque préislamique). Dans cette discrimination, il n'y a que l'écho des pratiques répandues à cette époque-là dans le monde. Il en est ainsi dans l'inscription des Kaktaya, découverte à Hanamkunda (Haïderabad-Deccan) ; de même, dans la Cité-Etat de Venise au moyen-âge, qui exigeait des étrangers le paiement des taxes ou des douanes d'importation double de celles des citoyens. Même de nos jours, il y a des pratiques semblables dans le Commonwealth britannique et dans la Communauté française, entre autres, qui favorisent les " citoyens " vis à vis des " étrangers ".

La loi sassanide — tout comme plus récemment la loi anglaise, sous le nom de " scutage " — a connu une taxe imposée à ceux des habitants qui n'accomplissaient pas le service militaire. On l'appelle *jizyah*, arabisation, dit-on, du terme persan *gizych*. Mais si un habitant non-musulman participait à une expédition quelconque pendant une année, il ne payait pas cette capitation pendant cette année-là. De même, les femmes, les vieillards, ceux qui n'avaient pas un métier pour se nourrir, etc., en étaient exempts.

Administration de la Justice :

Les Hanafites constituent les neuf-dizièmes des Musulmans du monde. Les juristes de cette école maintiennent une parfaite égalité entre les Musulmans et les non-Musulmans, jusqu'à punir de mort un Musulman coupable d'avoir tué un non-Musulman. D'autres écoles hésitent certes à aller si loin, mais les Hanafites se trouvent fortifiés par une parole sans équivoque du Prophète, pour ordonner cette égalité (comme le cite Abû Yûsuf, *Kharâj*, p. 71). On cite même des cas d'application de la peine de mort au temps du Prophète. Il est curieux de constater qu'on attribue, d'une part, cette opinion à Ali, qu'il n'y a pas d'égalité entre Musulman et non-Musulman en ce qui concerne la peine capitale lors d'un homicide, et que d'autre part on attribue au même Ali l'opinion contraire : en effet, Ali avait exigé la peine de mort pour le fils du calife Umar, qui avait tué un Persan à la suite de l'assasinat du calife Umar par un autre Persan. (La première opinion est citée par Baihaqi, Sunan, VIII, 28 et la deuxième par le même, p. 34, ainsi que par Ibn Kathir, *Ta'rikh*, VII, 148.)

Le grand juriste ach-Chaïbani est formel : les non-Musulmans citoyens et les non-Musulmans étrangers séjournant dans le territoire islamique se trouvent sur le même pied d'"égalité dans l'administration de la Justice. (Cité par Sarakhsi, *Charh Siyar Kabr*, IV, 108).

L'étranger venant sur le territoire islamique légitimement ne perd pas son droit à la protection et à la justice impartiale, même si une guerre éclate entre son pays et l'Etat islamique. Un tel " belligérant " peut se plaindre devant la cour islamique contre les Musulmans, car d'après les juristes, le visa de séjour procure des droits purement personnels : il n'a pas besoin de quitter le territoire islamique prématurément pour cause de déclaration de guerre avec son pays ; à l'expiration du séjour, il a le droit d'emmener avec lui tous ses biens dans le territoire devenu belligérant pour l'Etat islamique. (Cf Kasân, Badâ'i, VII, 107. lignes 15-16).

C'est le même sens de la justice qui amena Umar à ordonner la démolition d'une mosquée pour la raison qu'elle avait été érigée sur un remplacement injustement acquis d'un Juif contre son gré. Choukri Cardahi (op. cit.) atteste que ce Bait al-Yahûd existe encore de nos jours.

Emploi public :

Le Prophète avait envoyé Amr ibn Umaiyah ad-Damri (qui n'avait pas encore embrassé l'Islam) comme ambassadeur auprès du Négus (cf Cha'mi, *Sirah*, in loco). Le calife Umar écrivit un jour la lettre suivante à son gouverneur de Syrie : " Envoie-moi

à Médine un Grec (expert en comptabilité) pour mettre en règle les comptes de nos impôts " (cf Balâdhuri, *Ansâb*, s.v. Umar ibn al-Khattâb). Al-Mâwardi et Abû Ya'là al-Farrâ (qui étaient des contemporains au 5e siècle de l'Hégire, (tous deux ont écrit des ouvrages sur la science politique sous le même titre *al-Ahkâm as-sultâniyah)* n'hésitent point à dire que le Calife peut avoir comme ministres exécutifs des non-Musulmans. En effet il y a eu à toute époque des ministres non-musulmans dans les Etats islamiques; et les non-Musulmans prospéraient dans tous les domaines du point de vue matériel et économique. On notera en passant que toutes les fois qu'il y eut des persécutions anti-sémites en Europe, depuis la Russie jusqu'en Angleterre, les pays musulmans furent des asiles pour les Juifs malheureux.

Il ne faut pas déplacer de leurs contextes les faits particuliers ou isolés. C'est ainsi que le calife Umar donna l'ordre à son gouverneur de Basrah de changer son secrétaire qui était Chrétien. D'après les sources, il écrivait un mauvais arabe. Même sans cela, on ne peut faire trop de grief contre l'ordre de remplacer un non-Musulman par un Musulman, dans un poste clé, à une époque où la guerre de conquête n'avait pas encore pris fin, et où la prudence exigeait de prendre des précautions contre la trahison de la part de quelqu'un qui appartenait à un peuple en train d'être subjugué — et cela à propos d'un gouverneur — Abû Musà al-Ach'ari en l'occurence — dont la grande piété ne suffisait pas à le mettre à l'abri de sa naïveté, qui a laissé des traces dans l'histoire islamique. N'oublions pas que ce même calife Umar avait gardé des dizaines de milliers de fonctionnaires non-musulmans par exemple dans l'administration du fisc, des recettes, des douanes, des hôtels de la monnaie et autres emplois de grande responsabilité. Il avait même admis les langues grecque, copte, persane, et autres dont l'emploi était plus facile pour ces fonctionnaires.

3. CONFLIT ENTRE LES LOIS

a) entre les lois islamique et non-islamique :

Nous venons de voir ce qu'était la décentralisation de l'administration de la justice dans l'Etat islamique, et sa réorganisation d'après les communautés. Nous avons aussi vu que si l'une des parties à un litige était non-musulmane et l'autre musulmane, le cas venait devant le tribunal musulman pour être jugé d'après la loi islamique; peu importe que le Musulman soit demandeur ou plaignant, défendeur ou accusé.

Des difficultés s'élèvent en droit civil sur le point de savoir si une transaction quelconque est permise par exemple aux non-Musulmans mais défendue aux Musulmans. Avant de conclure un contrat avec un Musulman, il faut que les non-Musulmans sachent que la loi islamique défend aux Musulmans la vente-achat d'alcool ou de porc, le prêt à intérêt, le jeu de hasard, etc.

Dans le droit pénal aussi il y a des exemptions en faveur des non-Musulmans. Par exemple on ne peut pas les punir pour avoir consommé l'alcool, s'être mariés avec les proches parentes, telles que soeur, mère, fille (chose permise aux Zoroastriens selon leur loi de *khuvedhvagdas)*, pratiqué la polyandrie (autorisée par la loi hindoue dans le Malabar, etc.), et ainsi de suite (pourvu que les parties en cause soient uniquement non-musulmanes).

La loi islamique est très formelle sur la question de la juridiction et du ressort, à tel point que si un Musulman, citoyen de l'Etat islamique a été tué ou pillé ou soumis à un traitement illégal quelconque, par un non-Musulman, sur un territoire non-islamique, où ce Musulman s'était rendu légitimement, et si plus tard l'accusé non-Musulman s'est rendu en territoire islamique, on n'est point autorisé à le citer devant un tribunal local. Car, arguent les juristes, la cause d'action était survenue dans un endroit où la juridiction islamique n'était pas valable au moment de l'incident. (Cf. *Mabsût* de Sarakhsi, X, 95-97). Même le Prophète est dit avoir prescrit :

> "Quiconque commet un meurtre, un délit de fornication ou un vol (dans notre territoire) et se sauve, et plus tard se rend avec autorisation, sera jugé et puni pour ce dont il voulut s'enfuir. Mais s'il a commis le meurtre, le délit de fornication ou le vol sur le territoire non-musulman, et se rend plus tard avec autorisation (chez nous), il ne sera pas tenu responsable de ce qu'il avait commis sur le territoire non-musulman". (Cité par Sarakhsi, Charh Siyar Kabîr, IV, 108).

b) Conflit entre différentes lois non-musulmanes:

Si les parties à un litige n'appartiennent pas à la même communauté, mais aux différents groupements religieux, comme un Juif contre un Chrétien, les tribunaux musulmans ne réclament pas la juridiction pour un tel litige : les parties sont libres de choisir leur tribunal, soit juif, soit chrétien, soit mixte. Le tribunal musulman néanmoins ne refuse pas d'examiner un tel litige si les parties sont d'accord pour s'y rendre; (peut-être aussi si les deux ne s'entendent pas du tout sur le choix d'un tribunal quelconque). Et ainsi que le célèbre juriste Khalil le précise, dans ce cas la loi islamique règlera le différend, civil ou criminel. Pour l'époque classique, je n'ai pas encore trouvé un cas précis où les juges musulmans auraient tranché un litige entre parties non-musulmanes, litige comportant un droit non reconnu par la loi islamique (comme la vente du vin ou le prêt à l'intérêt) mais parfaitement légal pour les deux partie en cause. Nous reviendrons sur ce point.

c) Conflit entre les différentes lois islamiques :

La divergence entre les différentes écoles juridiques des Musulmans, telles que sunnite, chi'ite, ou même hanafite, châfi'ite, mâlikite etc., est le produit des époques postérieures. Au temps du saint Prophète et des premiers califes, un tel conflit n'existait pas. Après la mort du Prophète, les juristes indépendants commençèrent assez tôt à émettre des opinions divergentes, mais les cadis (juges) n'étaient point obligés à ces époques primitives de se prononcer d'après les juristes particuliers. Au contraire une des conditions exigées des candidats aux fonctions du cadi était de posséder la capacité de décider en toute indépendance sur les problèmes juridiques. Ils s'appuyaient donc directement sur le Coran et le hadith-sunnah (directive ou pratique du Prophète); et, à défaut, sur leur propre bon sens et l'exercice de l'opinion personnelle, chose que le Prophète avait lui-même formellement approuvée.

Dès le temps des Abbasides (à partir du 8e siècle chrétien), on rencontre la référence aux divergences entre les écoles juridiques. Le cadi-en-chef Abû Yûsuf avait l'habitude de nommer,

sous le califat de Harûn ar-Rachid, les juges choisis exclusivement d'opinion hanafite. A une époque un peu plus tardive, le chroniqueur Yâqût (dans son *Mu'jam al-udabâ)* nous apprend que les juristes de l'opinion zaïdite étaient nommés juges dans le califat hanafite, mais qu'ils jugeaient selon la jurisprudence hanafite.

Pour avoir une idée plus claire de l'effet pratique de ce conflit inter-islamique, prenons le cas d'un défunt qui n'ait laissé comme parents qu'un neveu (fils du frère) et un petit-fils (fils de la fille). Or, d'après les juristes hanafites, le neveu héritera de la totalité de la succession de son oncle, à l'exclusion du petit-fils. Les juristes chi'ites disent exactement le contraire. Il est possible que la personne décédée et ses parents héritiers n'appartiennent pas à la même école juridique. Alors, d'après quelle école faut-il partager les biens d'héritage, pour trancher le différend entre le neveu et le petit-fils ?

Evidemment, si les cadis sont obligés de décider d'après une école particulière quelconque, école du chef de l'Etat par exemple, sans tenir aucun compte des préjugés des parties au litige, il n'y aura pas ce genre de conflit " inter-islamique ". Mais si l'Etat avait un esprit plus large et plus libéral — comme ce fut le cas au cours de l'histoire islamique — et si chaque catégorie d'habitants musulmans avait le droit d'être administrée juridiquement selon son propre statut personnel, il faut s'attendre à un conflit des lois.

Dès l'époque de Salâhuddin (Saladin) au moins nous rencontrons par exemple en Egypte quatre tribunaux de compétence concurrente, pour les ressortissants des quatre écoles sunnites reconnues, à savoir châfi'ite, hanafite, mâlikite et hanbalite. Mais cela même est loin de régler la difficulté lorsque les deux parties d'un litige appartiennent aux différentes écoles.

Les juristes classiques ne semblent pas en avoir parlé. Dans les époques postérieures, la loi du défunt ou du défenseur, selon le cas, était destinée à prévaloir. Le principe a été reconnu dans les pays de l'école hanafite aussi bien que châfi'ite ou mâlikite. Dans leurs colonies musulmanes, les maîtres chrétiens aussi avaient retenu ce même principe, comme nous le montre la jurisprudence française, anglaise etc. (Depuis le départ des Anglais, l'Inde a

aboli les statuts personnels des différentes catégories de la population, musulmane entre autres, et promulgué une loi commune, qu'elle veut imposer à tout le monde).

Dans l'Inde ancienne, comme dans d'autres pays musulmans, il y a eu des cas de conversions de souverains, du sunnisme au chi'isme ou vice versa, sans entrainer la conversion de toute la population musulmane du pays à l'exemple du roi. Malgré mes recherches je n'ai pas encore réussi à trouver de données sur les conséquences de telles conversions inter-islamiques sur l'administration de la justice. Le cas du roi de Râmpûr (dans l'Inde du Nord) ne reflète probablement pas la pratique des temps passés, car il remplaça le sunnisme par le chi'isme à une époque où les Anglais avaient déjà acquis une influence dans l'administration de son pays. En tout cas, dans l'Etat musulman de Râmpûr (depuis aboli par le Gouvernement Nehru), chacun des Sunnites et des Chi'ites gardait son école dans les questions de statut personnel.

d) Conflit des lois tenant au changement de religion :

Si un couple marié non-musulman embrasse la religion islamique simultanément, leur mariage d'avant leur islamisation reste valable pour autant qu'il soit compatible avec la loi islamique ; toute autre union deviendra nulle. Par exemple un Zoroastrien, pratiquant le *khuvedhvagdas* pour épouser ses propres soeurs ou filles, un paien se mariant avec plus de quatre femmes à la fois, ou prenant une épouse sans salaire d'honneur *(mahr)*, ou une Nâyer de Balabâr (Inde du Sud) pratiquant la polyandrie, etc., seraient évidemment dans l'incapacité, après leur islamisation, de demeurer tels qu'ils étaient antérieurement. En effet la femme zoroastrienne sera automatiquement et immédiatement séparée ; le mari polygame aura à choisir quatre quelconques d'entre ses femmes (comme le Prophète le demandait aux nouveaux convertis), le reste de ses femmes seront divorcées ; la femme sans salaire d'honneur (mahr) acquerra un nouveau droit convenant aux moyens financiers de son mari; et la femme polyandre se trouvera séparée de tous ses maris (sauf un ? au choix de la femme?)

Mais si le mari embrasse l'Islam sans que sa femme le fasse aussi, le cas aura plus de complexité. Car l'Islam ne permet pas le mariage avec les femmes de n'importe quelle religion. Donc, si elle appartient à la catégorie avec qui un Musulman est autorisé à se marier, (à savoir les peuples possédant un Livre révélé, tels que les Chrétiens, les Juifs,) la conversion du mari n'affectera pas l'ancien mariage. Dans l'Inde, au temps des Grands Mogols, les Hindous brahmanistes (croyant aux Védas comme Livres révélés) semblent avoir été classés par les juristes musulmans indiens dans la catégorie des " peuples possédant un Livre révélé "; et comme le libre exercice de la religion devait être accordé à la femme non-musulmane, les anciens palais des Grands Mogols, à Delhi et ailleurs contiennent encore aujourd'hui des temples brahmanistes à l'usage des reines hindoues.

Si au contraire la femme n'est pas de la catégorie tolérée, on lui donnera le choix entre la conversion à l'Islam et la séparation éventuelle. Pendant la période de réflexion, le couple ne pourra pas cohabiter.

Si la femme seule embrasse l'Islam, abandonnant n'importe quelle autre religion on demandera à son mari de s'islamiser dans un délai de trois mois, faute de quoi la séparation s'en suivra ; et la femme pourra contracter un nouveau mariage avec un Musulman.

Naturellement, si par exemple la femme juive d'un Musulman change de religion pour se convertir au Christianisme, ce fait ne pourra pas affecter son mariage. Car, aux yeux de l'Islam, les Juifs et les Chrétiens sont tous les deux considérés comme peuples du Livre révélé.

4. CITOYEN MUSULMAN EN SEJOUR A L'ETRANGER

a) Dans un autre Etat musulman.

Autrefois on n'attachait pas beaucoup d'importance au pays d'origine d'un Musulman. L'intention seulement d'un séjour de deux semaines le mettait au même niveau que les habitants de la localité, (le privant des concessions reconnues aux voyageurs, dans les offices de prière, les jeûnes, etc.)

Le célèbre voyageur Ibn Jubair, du temps des croisades, mentionne néanmoins dans son récit de voyage (p. 52) que le

Sultan Salâhuddin (Saladin) avait nommé au Caire un Maghrebin comme chef des compatriotes d'Ibn Jubair habitant en Egypte, pour trancher leurs différends et leurs litiges. De nos jours, même en Arabie séoudite, et même pour la Mecque et Médine, il y a des lois distinguant entre les citoyens et les étrangers, et il y a des règles à observer pour la naturalisation.

b) **Dans un pays non-musulman.**

Dans les siècles passés, les Musulmans ont joui de privilèges de capitulations exterritoriales dans maints pays non-musulmans. L'histoire en commence par les Mecquois du temps du Prophète qui s'étaient réfugiés en Abyssinie. On voit les capitulations en faveur des Musulmans en Chine, en Turkestan, dans l'Inde et d'autres pays au moyen-âge.

Je l'ai mentionné dans mon étude " Muslim Conduct of State ", et j'ai même publié un article spécial sous le titre " Exterritorial Capitulations in Favour of Muslims in Classical Times " dans le volume de Mélanges publié par l' " Islamic Research Institute " de Bombay (Inde), pour commémorer le 15e anniversaire de sa fondation en 1948. Depuis j'ai trouvé d'autres renseignements sur la Lithuani et les pays Balkaniques, et même Istanbul sur la période d'avant la conquête turque. Sans entrer dans les détails, je peux résumer que dans ces temps-là il ne semblait pas exister de notions juridiques fixes sur les concessions de privilèges exterritoriaux; bien au contraire, la pratique variait d'aprsè les caprices et les intérêts des souverains individuels de ces pays. Les Musulmans ont subi des persécutions tout comme ils ont joui de faveurs à différentes époques.

Une curieuse histoire est mentionnée par al-Mas'ûdi (voir ses Prairies d'Or, II, 10-11). Il dit que dans une certaine région de la Mer Caspienne, le souverain non-musulman du pays avait employé les soldats musulmans dans sa garde du corps, et institué un système d'administration de la justice assez complexe. Comme ses sujets constituaient maintes communautés, il y avait plusieurs tribunaux, chacun à l'intention d'une communauté. Il y avait sept juges : " deux musulmans, deux khazarites, deux chrétiens, et un pour les Slaves, les Russes et tous les autres peuples ignorants... si une question difficile se posait, on la référait au juges musulmans, et l'on acceptait ce que le droit musulman ordonnait sur ce point ". Je présume que si les parties à un litige appartenaient à deux communautés différentes, on se référait également aux juges musulmans, et cela pour leur impartialité, tout comme pour le système juridique plus développé qu'ils avaient.

Nous n'avons donné ici qu'une esquisse très rapide, permettant de se rendre compte que le champ de telles recherches est considérable. La connaissance du passé est indispensable pour une meilleure planification de l'avenir, et les bibliothèques de Turquie offrent pour ces études des sources inépuisables.
